

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

1. CONCEITO

Dispõe a Constituição em seu art. 102, § 1º, com a numeração dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993: “*A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Trata-se de um novo remédio jurídico processual, cujo objeto é a garantia ou defesa de preceito fundamental decorrente desta Constituição, competindo funcionalmente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a argüição.

A plasticidade da disposição constitucional sobre o entendimento do que se conteria na expressão *preceito fundamental* suscitou acesos debates na doutrina, existindo precedentes decisões da Suprema Corte no sentido de exigir a lei referida *in fine* no dispositivo constitucional para a aplicabilidade da norma constitucional.¹

¹ Agravo regimental em petição – AGRPET 1140-T, relator o Ministro Sidney Sanches, julgado em 2 de maio de 1996, pelo Pleno: *DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil. 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, “caput”). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao S.T.F. elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretende compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, “sub judice”, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for*

Finalmente, veio a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (sob a seguinte ementa: “*Dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”), resultante de anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça através de comissão presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e integrada pelos Professores Ives Gandra, Arnoldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes.

2. CONTEÚDO NORMATIVO DO PRECEITO FUNDAMENTAL

Também o texto da Lei nº 9.882/99 tentou definir o conteúdo normativo da expressão *preceito fundamental*, assim remetendo o tema para a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, e de forma prudente e razoável, certamente deixará a definição² para os casos típicos, reservando-se para a incidência de acordo com a gravidade do caso que lhe é oferecido.

A expressão *preceito fundamental* conduz a um grau de grande densidade na afronta aos valores constitucionais, o que somente pode ser percebido em cada caso, mesmo porque também, e principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, aplica-se a velha parêmia *de minime ne curiat praetor*, a introduzir o princípio da bagatela ou da insignificância.

São fundamentais os valores previstos no art. 1º como basilares do Estado brasileiro: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ressalte-se que tais valores também são protegidos pelos demais dispositivos constitucionais, em desdobramento que a Hermenêutica

omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. 7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2ª parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide “inter partes”. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o S.T.F., exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo S.T.F. 9. Agravo improvido. Votação unânime.

² *Omnia definitio periculosa est*, já diziam os antigos, mesmo porque definir significa limitar, impor fronteiras.

Constitucional leva em consideração na apreensão do significado das normas da Lei Maior.

Há os princípios jurídicos fundamentais, referidos por Canotilho como aqueles já introduzidos na consciência jurídica geral, como o princípio da isonomia, de democracia etc.

Carl Schmitt, por sua vez, denomina decisão fundamental aquela que seria essencial à organização política e que, no nosso caso, seriam as matérias imunes às emendas constitucionais: federação, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (Constituição, art. 60, § 4º).

Ensina Daniel Sarmento:

... do ponto de vista jurídico-formal, inexistente hierarquia entre as normas da Constituição, é certo que algumas são mais relevantes do que outras, desfrutando de primazia, na ordem de valores em que se esteia o direito positivo. Assim, conforme averberam Celso Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas a propósito da ADPF, “... não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma”³.

A Lei nº 9.882/99 tenta limitar o conceito constitucional de preceito fundamental não só ao conferir a universo restrito a legitimação ativa (art. 2º, I) como, principalmente, a conferir caráter subsidiário ao remédio jurídico processual sob comento (art. 4º, I: “*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”⁴).

Ora, se o preceito fundamental se caracteriza pela superlativa importância suficiente para merecer da Constituição originária especial previsão de garantia, não pode ficar restrito na sua aplicação à condição de inexistência de outro instrumento jurídico, ainda que este tenha sido criado pela legislação ordinária.

³ Daniel Sarmento, “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, in **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. André Ramos Tavares e Walter Cláudio Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

⁴ Em julgamento de 18 de maio de 2000, em questão de ordem na ADPF 3, do Ceará, sob o relato do Ministro Sidney Sanches, deu-se prejudicialmente como válida a regra legal que impõe a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O caráter subsidiário não se amolda à natureza fundamental do preceito constitucional.

A lei ordinária admitiu a ADPF para fins preventivos (*evitar*) como para fins repressivos ou saneatórios de lesão já ocorrida (*reparar*), o que se enquadra no amplo campo normativo decorrente do texto constitucional.⁵

Note-se que outra restrição trouxe a Lei nº 9.882/99 ao dispor, no art. 1º, que “*a arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”.

Compare-se tal redação com o que está no art. 102, parágrafo único, da Constituição, o qual pretende regulamentar: “*A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Contudo, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 restringe a ADPF às lesões a preceito fundamental, *resultante de ato do Poder Público*; assim estarão excluídos da cognição através deste poderoso instrumento de guarda dos valores supremos todos os atos não-estatais que eventualmente possam violar preceito fundamental, mesmo que digam respeito a valores essenciais da cidadania, como, por exemplo, os direitos do consumidor.⁶

Inadmissível se mostra a restrição legal ao conceito constitucional de preceito fundamental, assim a esvaziar a garantia constitucional instituída pelo art. 102, parágrafo único, embora se deva reconhecer que tal orientação legislativa decorreu do pressuposto de que a ADPF se insere no restrito campo de instrumento do controle concentrado da constitucionalidade.

Ouçá-se a voz do notável mestre Humberto Peña de Moraes:⁷

*Advirta-se, por oportuno, que a expressão **preceito fundamental**, utilizada pelo legislador constituinte originário no art. 102, § 1º, do Textus, não significa o mesmo que **princípio fundamental**.*

*Possuindo sentido próprio, o termo **preceito**, consoante empregado no dispositivo em referência, inclui os **princípios fundamentais**, com*

⁵ Sobre a distinção entre medida cautelar ou liminar, pedido preventivo e pedido repressivo, basta que se veja a experiência brasileira do mandado de segurança e das ações possessórias, a admitir com tranquilidade a liminar e os provimentos judiciais para prevenir e corrigir.

⁶ Rememore-se, neste aspecto, e mesmo nestes tempos neoliberais, como se mostra difícil ao jurista distinguir entre os ramos do Direito Público e do Direito Privado.

⁷ Humberto Peña de Moraes, “Arguição de descumprimento de preceito fundamental – apontamentos para a compreensão do tema”, artigo que se pode ver em www.nagib.net/variedades.

Título próprio, e outros, inseridos, também, na Constituição, que veiculam decisões políticas e estruturais do Estado. Tais preceitos sintetizam o núcleo, a alma, o cerne da Constituição.

*Assim, em que pese a ausência de hierarquia **normativa** entre os diversos dispositivos constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição, não há negar, todavia, a existência entre eles de uma hierarquia **axiológica**, isto é, de uma hierarquia de valores, decorrente de notável relevância que uns ostentam em face de outros, posto que “nem sempre”, como bem salientou o Prof. Luís Roberto Barroso, todos “desempenham o mesmo papel”.⁸*

*Merece percutido, com alusão à **quaestio juris** em voga, envolvendo o reconhecimento da precitada hierarquia **axiológica** entre normas constitucionais, o magistério do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto **in expressis**:*

“A solução está no reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios, como regra de aplicação harmoniosa. Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, obviamente não terão a mesma hierarquia axiológica.

Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.

Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.”⁹

⁸ “Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo”, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n.º 1, p. 218, 1993. No mesmo sentido: **Interpretação e aplicação da Constituição**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147 e 148.

⁹ “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n.º 42, p. 59.

De tais ensinamentos, extrai-se a compreensão de que a ADPF tem por razão de existir e objeto a proteção dos valores constitucionais, os quais devem ser apreendidos em processo hermenêutico que leve em consideração o momento histórico. Assim, o preceito fundamental tem caráter de mutabilidade, que deve ser considerado a cada momento de modo tópico.

Conflita a Lei nº 9.882/99 com a Constituição ao restringir a incidência da ADPF e, assim, a prevalência dos valores constitucionais, mesmo porque, na lição de Oscar Dias Corrêa:

*“Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua descrição indicá-los.”*¹⁰

3. NATUREZA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A SER EXERCIDO PELA ADPF

O tema subjacente neste momento histórico sobre a ADPF é o seu caráter de meio de controle de constitucionalidade: ou instrumento do processo objetivo ou de controle concentrado – e assim devendo levar em conta os remédios jurídicos processuais da ADIn e da ADC –, ou é meio do processo subjetivo ou de controle incidental, e assim apto para incidir nos casos concretos.

No sentido de constituir a ADPF instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, temos as razões do veto presidencial ao inciso II do art. 2º do projeto, que conferia legitimidade ativa a *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público*, vendo-se na mensagem do veto a seguinte afirmação: *“A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame”*.

Humberto Peña de Moraes traz a lição ilustre de Celso Ribeiro Bastos e de Aléxis Galiás de Souza Vargas:

¹⁰ *A Constituição de 1988, contribuição crítica*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 157.

“Em que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que se discute qualquer norma constitucional, na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito fundamental. Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvida quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político”, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. (O destaque não é do original.)¹¹

A se entender, neste sentido, a ADPF como instrumento do controle concentrado e assim o exercício de função legislativa pela Suprema Corte, ficará a mesma reduzida a uma ADIn mais qualificada, pois somente incidirá se houver descumprimento de preceito fundamental, inclusive em caso de controvérsia constitucional sobre ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à Constituição.¹²

¹¹ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória”, **Revista Virtual**, nº 8, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, janeiro, 2000, p. 1.

¹² É o que está no parágrafo único, inciso I, do art. 1º da Lei nº 9.882/99, notando-se que o Presidente da República vetou o inciso II: “*Em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal*”. Também o Chefe do Executivo Federal vetou, sob o mesmo fundamento de se evitar, assim na linha de orientação jurisprudencial, ingerência do tribunal no processo legislativo, as disposições contidas no § 4º do art. 5º (“*se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do caput, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente*”) e no art. 9º (“*julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subsequentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição*”).

A se admitir como válido o disposto no art. 1º da Lei nº 9.882/99, sobre o objeto da ADPF de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, o que restará é que a mesma acabará constituindo um grau superior de ADIn, inclusive com o conteúdo mais amplo, abrangendo não só o controle dos atos dos mais de 5.500 municípios do nosso país (enquanto a ADIn somente serve para controlar a constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais), como até mesmo o controle dos atos anteriores à Constituição de 1988.¹³

Não impressiona a tese de que a ADPF alargará a competência funcional do Supremo Tribunal Federal ao lhe deferir a cognição direta da constitucionalidade das normas genéricas e abstratas dos mais de 5.500 municípios brasileiros, o que representaria uma avalanche de causas que acabaria por inundar o Pretório Excelso e a lhe inviabilizar o exercício de sua jurisdição constitucional.

A competência funcional do Supremo Tribunal Federal é dada pela Constituição (no caso, pelo disposto no art. 102, § 1º) e não pode ser restrita por qualquer órgão constituído sob o argumento de excesso de demandas, mesmo porque existe um arsenal processual para a dinamização da cognição dos feitos nos juízos e nos tribunais, entre os quais se destaca o poder relatorial de negar seguimento ao pedido ou recurso manifestamente improcedente ou inadmissível.

A indicar a tese de estar a ADPF restrita ao controle concentrado, está o disposto no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, concedendo a legitimação ativa somente a entidades, pessoas e órgãos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Como são órgãos e entidades que dificilmente poderiam ter os próprios interesses em debate, decorre que estão aí em legitimação extraordinária, isto é, em nome próprio na defesa de interesse alheio.

Por outro lado, há também aqueles que vislumbram a ADPF como poderoso instrumento de impugnação de atos vulnerados dos valores superlativos protegidos pela Constituição, a indicar o seu caráter de instrumento de controle incidental de constitucionalidade.

Neste sentido, a preciosa lição de Humberto Peña de Moraes:

*Ao lado da modalidade **direta**, a Lei nº 9.882/99 cogitou, do mesmo modo, da **arguição de descumprimento de preceito fundamental***

¹³ Neste aspecto, a redação do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99 indica que caberia a ADPF inclusive para impugnar ato inconstitucional transitado em julgado, assim na linha de orientação do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação da MP 2180-35, de agosto de 2001; tal posição se mostra perfeitamente compatível com o caráter de supremacia da norma constitucional, pois se mostra inviável a formação de coisa julgada contrária à Lei Maior.

indireta ou incidental, o que fez no art. 1º, parágrafo único, do seu texto.

*O instituto em comento permite a deflagração da **arguição de descumprimento de preceito fundamental** quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, suscitada em sede de controle difuso, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Lex Legum, constituindo a decisão prévia antecedente lógico do julgamento do pleito, no que atine à questão de fundo.*¹⁴

*Esta modalidade apropriada de **arguição** permite, assim, a antecipação do deslinde de questão constitucional prévia, por acórdão do Supremo Tribunal Federal, necessário ao julgamento final do pleito, arredando, dessa forma, a necessidade de que seja percorrido todo um iter procedimental, até que a decisão definitiva da Corte seja comunicada ao Senado Federal, que poderá suspender, sendo hipótese de lei ou ato normativo, a eficácia do ato indigitado,*¹⁵
*com a vantagem adicional da eficácia **erga omnes** e do efeito vinculante.*¹⁶

*Exalçando a excelência da solução oferecida pela lei, nesse particular, estadeou o Prof. Gilmar Ferreira Mendes que a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, através da **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, evita “que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal”.*¹⁷

Outro destacado aspecto desse influente instituto reside na competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para dirimir questões constitucionais contravindas sobre lei ou ato normativo municipal, como alternativa à extensão dessa atribuição aos Tribunais estaduais para o controle de constitucionalidade, por via de ação direta, de normas comunais em face da Constituição Federal.

¹⁴ De acordo com o Prof. Juliano Taveira Bernardes, “apesar da ausência de disciplinamento legal a arguição incidental prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99 pode ser suscitada quando em tramitação o processo perante qualquer órgão judicial, inclusive o próprio STF, desde que não definitivamente julgado.”, *in ob. cit.*, p. 3.

¹⁵ CF, art. 52, inc. X.

¹⁶ Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3º.

¹⁷ Ob. cit., p. 8.

*Acentue-se que o ajuizamento da **arguição indireta ou incidental** junto ao Supremo Tribunal Federal, submetendo a questão constitucional ao exame da Suprema Corte, permitido pelo novo instituto, gera o que o Prof. Arnaldo Wald classificou de “cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes”,¹⁸ uma cisão funcional, em última análise, no plano vertical.*

*Dá-se, aqui, o que o Prof. J. J. Gomes Canotilho denomina de **controle misto**, pelo qual se “permite o trânsito do controlo difuso para o controlo concentrado”, do qual resulta a generalização dos efeitos jurídicos da decisão, com força vinculante.*¹⁹

Instituiu-se, assim, uma ponte entre os sistemas difuso e o concentrado, posto que a decisão que vier a ser prolatada pela Excelsa Corte se projetará sobre as ações em curso.

Veja-se a notícia no Informativo nº 253, sobre o julgamento da medida cautelar na ADI 2231-DF, posta pelo Conselho Federal da OAB em face do texto integral da Lei nº 9.882/99:

O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF, a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (“Parágrafo único – Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos

¹⁸ “O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente”, **Revista Jurídica Virtual**, nº 7, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro, 1999, pp. 1 e 2.

¹⁹ **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 3ª ed., Coimbra, Portugal, Almedina, pp. 919-20 e 958-9.

em concreto (“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”). ADInMC 2.231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231)

E no mesmo Informativo consta mais:

Quanto ao art. 10, caput, e § 3º – “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (caput), decisão essa que terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§ 3º) –, o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º). Em síntese, o Min. Néri da Silveira considerou que, à primeira vista, a Lei 9.882/99 é constitucional na parte em que cuida do processo de natureza objetiva, e que a suspensão cautelar dos dispositivos por ele mencionados não esvaziaria a Lei em sua íntegra. Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando que é relator de duas ações diretas (2.154-DF e 2.558-DF) que têm questões em comum com a presente ação, pediu vista dos autos. ADInMC 2.231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231)

Daí se constata que o eminente Ministro José Nery da Silveira está filiado à quase unânime corrente no sentido de considerar que a ADPF é instrumento de controle concentrado da constitucionalidade, exigindo que somente emenda constitucional pudesse criar a ADPF como forma de controle incidental, fundamento pelo qual entendeu incompatível com a Lei Maior à disposição do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99: *A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento*

de preceito fundamental, salvo se decorrente de coisa julgada.

Quanto ao disposto no art. 11 da Lei nº 9.882/99, de redação similar ao disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, deu o Ministro José Nery pela sua constitucionalidade sob o fundamento de que *cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões*.²⁰

4. A ADPF COMO AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO DE CONTROLE INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE

Enfim, a despeito de tão respeitáveis entendimentos, não se consegue extrair do texto constitucional a idéia de que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possa ser simplesmente nada mais que uma ADIn específica para violações de superlativa importância em face do desvalor constitucional do ato impugnado, pois, se assim fosse, estaria a norma constitucional condenada a uma irremediável inutilidade em face da existência de remédio jurídico processual suficiente para controlar a inconstitucionalidade dos atos federais e estaduais.

Note-se, ainda, que a Constituição, instituindo a ADIn no art. 102, I, “a”, para controle da constitucionalidade dos atos federais e estaduais, implicitamente instituiu uma reserva de atuação para tal remédio jurídico processual, reserva esta que não poderia ser estendida pela lei ordinária – no caso, a Lei nº 9.882/99 – à cognição da constitucionalidade dos atos municipais pela Corte Constitucional através do controle concentrado.

O que diz a Constituição é que haverá a argüição de descumprimento de preceito fundamental a ser processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Ensina o tradicional **Vocabulário Jurídico** de Plácido e Silva que *argüir faltas ou nulidades é indicar as faltas ou apontar as nulidades para que sejam removidas ou supridas, ou para que seja decretada a nulidade do ato assim argüido de ineficaz*.

Pela idéia comum, destina-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental a impugnar atos, estatais ou não, que impliquem descumprimento ou afronta a valores constitucionais relevantes, anulando-os,

²⁰ **Informativo** nº 253, notícia sob o título “ADPF: modulação temporal de seus efeitos”.

removendo-os do mundo jurídico ou até mesmo propiciando que seus efeitos sejam afastados.

Note-se que o constituinte originário criou a ADPF no parágrafo único do extenso art. 102, o qual trata da competência do Supremo Tribunal Federal, dispondo, no *caput*, que ao mais alto órgão de Justiça do País compete precipuamente a guarda da Constituição.

Evidentemente, poderá a lei infraconstitucional regulamentar a ADPF, mas nunca poderá a mesma restringir o alcance da norma constitucional, como faz evidentemente a Lei nº 9.882/99, ao restringir os legitimados ativos da ADPF àqueles constantes do art. 103 e assim inabilitando a pessoa que restou diretamente prejudicada pelo ato inconstitucional a impugná-lo perante o órgão a quem a própria Constituição concedeu o dever de guardar os seus mandamentos.

Também restringe a Lei nº 9.882/99 o alcance constitucional da ADPF ao lhe emprestar risível caráter subsidiário de outros atos de impugnação. Como é que instrumento tão relevante de defesa da Constituição somente possa ser utilizado subsidiariamente por legitimados extraordinários tão importantes como aqueles descritos no art. 103 da Constituição?

Veja-se o absurdo a que conduziu a Lei nº 9.882/99 ao obstar que o próprio interessado bata às portas do Excelso Pretório na busca da correção do ato inconstitucional violador dos valores mais densos da ordem democrática.²¹

5. A ADPF NÃO TEM CARÁTER SUBSIDIÁRIO

O caráter subsidiário da ADPF somente tem o duvidoso condão de reservar a cognição do STF aos casos em que não houver outro meio processual – recurso ou ação autônoma – para impugnar o ato lesivo.

Contudo, o caráter fundamental da proteção do instrumento processual nunca poderá impedir o interessado de bater às portas supremas pedindo, por exemplo, a medida cautelar referida no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, para obstar os efeitos do ato de instância inferior enquanto não incidir os casos de recurso extraordinário.

²¹ Pesquisa na base de dados processuais do Supremo Tribunal Federal, em final de julho de 2002, mostrou que, das trinta e poucas ADPFs até então ajuizadas, a grande maioria foi indeferida de plano pela ilegitimidade ativa do próprio interessado, enquanto as outras foram indeferidas por desatender o caráter subsidiário que a Lei nº 9.882/99 emprestou à ADPF.

Mesmo nos casos de decisão transitada em julgado, caduca eventual ação rescisória, ainda assim poderia o interessado se socorrer da orientação decorrente do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil – não se forma coisa julgada em oposição à Constituição – para ingressar com ação originária de desconstituição dos efeitos do ato inconstitucional.

A subsidiariedade não se compatibiliza com a supremacia dos valores constitucionais.

Não se pode imaginar que a ADPF, remédio jurídico criado pela própria Constituição originária para a proteção de valores fundamentais, possa ser inviabilizada na sua utilização pela lei ordinária, através de entraves processuais como, por exemplo, a perda do prazo decadencial da ação rescisória ou do mandado de segurança, ou a perda do prazo de resposta nas ações ordinárias.

6. CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS

Prefere este autor considerar a ADPF como ação autônoma de impugnação, legitimando a pessoa, física ou jurídica, a ir ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, para impugnar ou para se prevenir de atos públicos ou privados que sejam atentatórios dos valores que a Lei das Leis considera como relevantes e essenciais à vida social.

Como se trata de ação autônoma de impugnação, estarão para elas legitimados ativamente todos aqueles que estejam sob os efeitos do ato guerreado, ainda que tenham decorrido os prazos processuais de recurso e de outras ações autônomas de impugnação, como a ação rescisória; legitimados passivos serão os que praticaram o ato impugnado ou deles sejam beneficiários.

Evidentemente admite a Constituição, pelo que se extrai do disposto no art. 5º, XXXV, a concessão de cautelar na ADPF, o que compreende não só a antecipação de tutela a que se refere o art. 273 do Código Processual, como as medidas cautelares preparatórias e incidentais.

Trata-se de ação originária, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal processá-la e julgá-la em instância única, reservado ao Plenário o poder de incidentalmente proclamar a inconstitucionalidade, na forma referida no art. 97 da Lei das Leis.

7. CONCLUSÃO

Espera-se que ao retomar o julgamento da ADIn 2231, venha o Supremo Tribunal Federal a conceder a cautelar suspendendo os efeitos da impugnada Lei nº 9.882/99, e assim devolvendo à arguição de descumprimento de preceito fundamental o poderoso caráter de impugnação dos atos que contravenham aos valores maiores da ordem constitucional. ◆